

当代刑法思潮论坛

FORUM ON CONTEMPORARY  
CRIMINAL LAW THEORIES

第二卷

# 刑法教义与价值判断

*Criminal Law Doctrine and Value Judgement*

主 编/梁根林 副主编/车 浩 江 溯



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

本论坛得到杨春洗法学教育与研究基金资助

## 当代刑法思潮论坛

FORUM ON CONTEMPORARY  
CRIMINAL LAW THEORIES



第二卷

# 刑法教义与价值判断

*Criminal Law Doctrine and Value Judgement*

主 编/梁根林 副主编/车 浩 江 溯



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

当代刑法思潮论坛. 第二卷, 刑法教义与价值判断/梁根林主编. —北京: 北京大学出版社, 2016. 10

ISBN 978 - 7 - 301 - 27558 - 0

I. ①当… II. ①梁… III. ①刑法—文集 IV. ①D914.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 224423 号

- 书 名** 当代刑法思潮论坛(第二卷): 刑法教义与价值判断  
Dangdai Xingfa Sichao Luntan (Di-Er Juan): Xingfa Jiaoyi yu  
Jiazhi Panduan
- 著作责任者** 梁根林 主编
- 责任编辑** 王丽环 王建君
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 27558 - 0
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 北京大学印刷厂
- 经 销 者** 新华书店
- 880 毫米 × 1230 毫米 A5 14.625 印张 396 千字  
2016 年 10 月第 1 版 2016 年 10 月第 1 次印刷
- 定 价** 48.00 元

---

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

**版权所有, 侵权必究**

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

# 序

## 一

“当代刑法思潮论坛”是北京大学法学院梁根林教授主持，我们共同参与的一项刑法学术活动，持续时间已达五年之久，吸引了北京“四校一院”（北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、中国青年政治学院）的莘莘学子的踊跃参加。现在，“当代刑法思潮论坛”前36讲的内容以文字形式、三卷本的宏大规模，呈现在读者面前，为我们展现了那热烈的讲座场景和睿智的思想碰撞。梁根林教授邀我为该书作序，我感慨系之。

当初梁根林教授以前瞻性的学术视野，提出举办“当代刑法思潮论坛”的设想，我十分赞同。当前，我国刑法学科面临着知识转型，学术争鸣活跃，观点交锋激烈。如果提供一个展示各种刑法学术思想的平台，这对于促进我国刑法学术的发展，无疑具有推动作用。梁根林教授的设想获得了北京“四校一院”各位刑法学科同仁的积极响应，由此拉开了“当代刑法思潮论坛”的大幕。我清楚地记得第一讲的主讲人是清华大学法学院的张明楷教授，地点是北京大学二教309教室。正是在这次讲座中，梁根林教授确定了“当代刑法思潮论坛”的宗旨。

“当代刑法思潮论坛”是开放性的学术论坛，提倡坦诚的学术交流、平等的学术对话与规范的学术批评。论坛的主办者与主讲者、评论者当然可以大张旗鼓地推销自己的学术主张，但不搞山头主义，不搞党同伐异。我们真诚地欢迎中外刑法学界的同仁加入这个学术共同体，抛玉引玉，我们希望每一次的专题论坛，都是一个刑法基本问题

的专题学术研讨会，在最短的时间、用最省钱和最高效的方式来推动学术交流，扩大学术共识。

此后的论坛活动都遵循了这一宗旨，使论坛能够健康顺利地展开。张明楷教授第一期的讲座题目是“犯罪的实体是违法和责任”，这个题目本身就是一个刑法学术命题，是德日刑法教义学的精髓之所在。此后，各位中外学者纷纷登场，给我们带来了一场又一场的学术盛宴。

在“当代刑法思潮论坛”这个名称中，“当代”意味着前沿，是对当下最为重要的刑法问题的讨论；“思潮”表明这个论坛是注重思想性和观念性的，具有启迪性和启蒙性；而“论坛”则显示学术的争鸣性和论辩性，拒绝学术垄断和独断。以上特点，都在各期论坛活动中得到了完美和圆满的体现。

从36期论坛活动的主题来看，几乎涉及所有当前刑法学界共同关注的重大理论问题。其中，犯罪论体系是最为集中的一个话题。例如，张明楷教授关于“犯罪的实体是违法和责任”这一命题的论证，其实就是对犯罪论体系的整体性思考。我发现，德国著名学者乌尔斯·金德霍伊泽尔教授的讲座题目是“犯罪构造的逻辑”，尽管这是一个较为抽象的命题，其实也是犯罪论体系的结构问题，与张明楷教授的讲座形成了一种“隔空交流”。从金德霍伊泽尔教授的讲座内容来看，同样涉及对违法与责任关系的界定。金德霍伊泽尔教授指出，犯罪概念的初步定义可以是，犯罪是违法的举止，某个人必须对这一举止负责。由此犯罪可以通过两个规则系统加以构建：其一，规定了认定一个举止违法的所有条件；其二，规定了认定某人应对该举止负责的所有条件。由此可见，金德霍伊泽尔教授也是从违法和责任两个方面界定犯罪的，这是犯罪论体系的基础。当然，犯罪论体系的具体要件如何安排，这是存在争议的。其中，二要件说、三要件说甚至四要件说，都各有其主张者。除了犯罪论体系的结构以外，构成要件、违法性和责任等要件，在此后的论坛活动中都有所涉及。例如，关于构成要件，有我的“构成要件论：从贝林到特拉伊宁”；关于违法性，有刘艳红的“实质刑法观的体系化思考”和邓子滨的“形式刑法观初反省与实质刑法观再批判”；关于有责性，有冯军的“刑法中的责任

原则”等。这些讲座都对犯罪论体系的各个要件进行了较为深入的分析，为犯罪论体系的转型提供了理论资源。

在这36期论坛活动中，关于刑法方法论的讲座对我具有较大的吸引力。刑法方法论问题，是刑法理论研究中的一个核心问题，对于刑法理论的深入发展具有原动力的意义。“当代刑法思潮论坛”成为我国刑法方法研究成果的一个展示平台。例如，冯军教授的“刑法教义学的立场与方法”，系统地论述了刑法教义学的方法论，这对于刑法教义学在我国的推广与展开，具有重要参考价值。周光权的“价值判断与刑法知识转型”，对价值判断的方法论进行了深入论述，并且从我国刑法知识转型这样一个视角切入，具有启发性。杜宇的“类型思维与刑法方法”，对于类型的刑法思维方法进行了全面的阐释，开拓了我们的视野，丰富了刑法理论的思想工具。总之，“当代刑法思潮论坛”的讲座内容具有独创性和思想性，为我国刑法学科带来了一股清新的学术空气，这是令人难忘的。

“当代刑法思潮论坛”的每次讲座，在讲者和听者这两个方面，都给我留下了深刻的印象。

就讲者而言，将近20多位教授在论坛上竞相亮相，展示其最新研究成果。这些讲者大多是我国刑法学科的中坚力量，尤其是“四校一院”的刑法教授，更是当仁不让。值得肯定的是，一些中青年刑法学者登台亮相，表现惊艳。论坛还邀请了部分京外刑法学者参与讲座，拓展了讲者的来源。例如，京外学者冯亚东、蔡道通、刘艳红和杜宇等教授都有不俗表现。这里还值得指出的是，论坛邀请了外国学者和我国台湾地区学者参与论坛，极大地丰富了“当代刑法思潮论坛”的学术视野。在这些学者中，包括德国学者金德霍伊泽尔、希尔根多夫、许乃曼、魏根特、齐白等；美国学者罗宾逊；我国台湾地区学者陈子平、陈志辉等。这些学者给我们带来了独特的刑法思想和观点，极大地启发了我们的思路。

就听者而言，“当代刑法思潮论坛”并不是单向的思想传播，而是双向的观点互动。这里的听者，既包括参加论坛的点评嘉宾和其他教授，也包括各校的学生。这些听者都是论坛的积极参与者，他们的点评、提问和互动，构成了论坛热烈而生动的学术交流场景。“当代

刑法思潮论坛”还经常出现一些“不速之客”，即出差到北京的外地学者，正好赶上论坛活动，主办者邀请他们参加，增添了论坛活动的“变数”。例如，第一期张明楷教授的讲座，就恰逢重庆大学法学院陈忠林教授在京。陈忠林教授是我国刑法学界思想深刻、观点独特的一位刑法学者。从第一期讲座的现场录音资料就可以看出，陈忠林教授的加入为这次学术讲座增添了更为激烈的观点争论和更为激荡的思想交锋。

尤其值得说明的是，各校参加“当代刑法思潮论坛”的同学们，对于论坛活动表现出了极大的热忱。我现在还保存着一份中国政法大学准律师协会和中国政法大学刑事司法学院学生会制作的折页宣传材料。这是为2012年6月7日在中国政法大学昌平校区举行的第12期“当代刑法思潮论坛”专门制作的。该材料制作精美，对以往活动作了回顾，并对该期活动做了介绍，每期活动介绍中都有讲座老师的头像和内容简介。材料上有以下这样一段赠语，给我留下了深刻的印象：

“当代刑法思潮论坛”自开办以来，一直备受法大学子的关注。论坛能够在法大昌平校区举办，让同学们亲身领略众位名家的风采是我们的心愿。整整一年的盼望和努力，长久的期待终于化为了现实，此次论坛的成功举办离不开老师您的奉献和支持，我们将一一铭记在心。在此，向您致以我们最崇高的敬意！希望本次昌平之行给您留下美好的回忆！

莘莘学子的期盼之心跃然纸上！

历时五年的“当代刑法思潮论坛”，我主讲了3期，其他各期讲座我也基本上都参加了，给我留下了深刻的记忆。现在，论坛内容以文字形式呈现出来，成为历史档案的一部分。我作为其中的一员，参与了这一论坛，感到幸运。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春

2016年3月21日

# 序 二

由五校刑法学科组织的“当代刑法思潮论坛”，已经坚持了整整五年，产生了重大影响，取得了良好效果，可圈可点、可喜可贺。

“当代刑法思潮论坛”的主讲人，既有国内刑事法学者，也有国外刑事法学者；既有年长学者，也有年轻学者；既有在五校任职的学者，也有五校之外的学者。每一期论坛的主讲内容，都是主讲人精心准备的最新研究成果，没有哪位主讲人将旧论文作为主讲稿，没有哪位主讲人将旧观点作为演讲词。不管是旧瓶装新酒，还是新瓶装旧酒，都不是这个论坛的风格。虽然每一期论坛的内容都是刑法学中的重要课题，但没有故弄玄虚、高深莫测的偏题、怪题。此外，每一期论坛不只是有主讲人的精彩演讲，还有学生们的质疑问难，更有评论人的深刻点评，以及学者之间的唇枪舌剑、针锋相对。论坛凸显出良好的学术批评气氛，其中也不乏妙语解颐、风趣横生。

当然，主讲人的观点以及评论人的点评，不可能得到所有人的赞成。甚至可以肯定的是，本书出版后，每一位主讲人的观点以及评论人的点评，都可能受到其他学者的批判。但正如波普尔所言：“如果有人发现了你的一种错误看法，你应当对此表示感谢；对于批评你的错误想法的人，你也应当表示感谢，因为这会导致改正错误，从而使我们更接近于真理。”批评者的大胆批评以及被批评者的大度，有利于学术批评的展开和学术的繁荣。在刑法学领域，一个研究者提出的任何一种观点，都不会独立于他的整个人格，也并不独立于他的生活状况以及他在社会中的地位。换言之，任何刑法学者都会将基于自己



的生活状态、社会地位、切身体验等得出的结论，解释成刑法的真实含义。千差万别的价值观是人类文化多样性的一个重要方面，所以，论坛中呈现出不同的观点，以及对论坛中的各种不同观点的批评，都是十分正常的现象。相信只有一个真理并认为自己掌握了这个真理，是这个世界上一切罪恶的最深刻的根源。诚然，刑法学者的认同感主要是通过同行给予的承认和尊重而形成的。然而，对一位刑法学者的学术批评与对该学者的承认和尊重是完全一致的。因此，每一位刑法学者首先应当善意地理解和对待他人的观点，同时也要展开学术批评。具有千差万别的价值观的刑法学者，只有通过相互争论、相互批评，才能形成具有现实意义的“共同意见”，从而促进刑法适用的安定性。

如所周知，每一次论坛的场面都蔚为壮观。虽然每个学校每次都利用了最大的教室或者报告厅，但总是济济一堂，不仅座无虚席，而且有许多人站着听，常常是过道上、讲台边站着许多人，甚至在窗外、门外还站着不少人。虽然论坛的主要听众是在校学生（包括硕士生与博士生），但事实上每一期论坛都有法官、检察官、律师参加。参加论坛的学生们都心潮澎湃、激动万分，相信他们一定有所收获、有所感悟。尽管如此，由于场地等原因，毕竟只有部分人能够亲临论坛，所以，公开出版论坛的内容，不仅可以让未能亲临论坛的人以阅读方式体会论坛的场景，而且能让亲临过论坛的人尽情回味论坛的精彩。

“供给侧改革”是当下流行的话语。经济学领域的“供给侧改革”旨在从提高供给质量出发，用改革的办法推进结构调整，挤掉与市场需求无关的水分，压缩过剩产能，扩大有效供给，提高供给结构对需求变化的适应性和灵活性，更好地满足广大人民群众的需要，促进经济社会持续健康发展。法学研究也需要开展“供给侧改革”，需要压缩旧的学术产能，挖掘汇通中外、切合实际的新学术产能。相信论坛内容的出版，能够满足广大读者的需要，能够促进刑法学的学术批评和刑法学的繁荣发展！

张明楷

2016年4月15日

# 序 三

弹指一挥间，五校刑法学同仁合办的“当代刑法思潮论坛”已走过五年。作为论坛之结晶的三卷本文集即将出版面世。我作为一名参与者、过来人，既非常高兴，也有一些感慨。我记得，论坛在北大开幕时，我们的总协调人梁根林教授在宣读他整理形成的《当代刑法思潮论坛宣言》中指出：“当今中国的刑法学，进入了‘春秋战国时代’，学术生态多元化的格局已经初步形成，不同的学术体系之间的分歧加大，同一学术体系之内也需要学术共识，因此，进一步的学术推动，客观上要求加强学术对话与交流，避免自言自语与隔空交战。”简而言之，我们开办论坛的初衷，就是为了加强刑法学人之间的学术对话与交流。

众所周知，近年来，我国政府高层一再号召，“大众创业，万众创新”。但要想在刑法学这一古老而又比较成熟的学术领域有所创新，却不是一件容易的事情。在我看来，社会科学的创新，就是要发出不同的声音。一般来说，发出奇谈怪论比较容易，但要发出有点学术价值的不同之声，却是很难的事情。没有深厚的学术积淀，没有强烈的学术激情，根本不可能发出有学术价值的不同之声。科学经验告诉我们，物体的碰撞会产生火花。思想火花的产生，也同样如此，需要有碰撞。学术同仁们坐在一起对话与交流，发表各自不同的见解或主张，这是一种最直接的学术碰撞，比起纸上文字的交流与碰撞，更为直接，更容易激发学术灵感，产生思想的火花，形成有学术价值、有

创新性的思想观点或主张。

回首论坛活动的往事，几乎每次都有不同学术观点的碰撞或争鸣。我是一位积极参与者，也是一位总想发点儿不同声音的人，因而，时常被“围攻”。冯军教授尽管是我师弟，但不留一点情面，攻击最为猛烈。由于我是一位没有脾气的人，并不在意别人的批评和指责，况且是学术争论，因此并不觉得难受，反而认为是享受了学术盛宴。每次参加论坛活动后，我总感到十分满足，有些学术灵感就是在论坛活动中产生的。

我到中国人民大学十多年，组织开展过不少学术活动，包括常设的“刑法名家讲座”“明德刑法学论坛”，等等，来校讲座和参与论坛的中外刑法学名家不少，但听众却从来都没有“当代刑法思潮论坛”的多。究其缘由，除了每次都有多位刑法学大腕的到来，部分年轻学子是慕名而来外，更多的学人是真诚地想来学点东西、长点见识或者感受一下论坛活动特殊的学术气氛。

“当代刑法思潮论坛”活动能够坚持下来，并取得令同行羡慕的成效，除了有五校同仁们的精诚合作、有“杨春洗法学教育与研究基金”的资助之外，与我们的总协调人梁根林教授的努力是分不开的。他用心做事，并要将事情做好做成的精神，令我十分敬佩；他为论坛文集出版付出的心血，也让我非常感动。为此，我还要代表中国人民大学的同仁们，向梁根林教授和所有为论坛的成功举办及论坛文集出版作出过贡献的人士表示衷心的感谢！

刘明祥

2016年3月30日

# 目 录

## 第一讲 刑法教义学的立场与方法 / 001

主讲人：冯军

主持人：曲新久

评论人：张明楷、刘明祥、阮齐林、林维

嘉 宾：陈兴良、梁根林、车浩、江溯、劳东燕、付立庆、方鹏、  
秦一禾、孙运梁、樊文

## 第二讲 被害人教义学的理论建构 / 035

主讲人：车浩

主持人：曲新久

评论人：陈兴良、梁根林、劳东燕、江溯

嘉 宾：邓子滨、李立众、何庆仁

## 第三讲 刑法教义学与刑事政策的关系：从李斯特鸿沟到罗克辛贯通 ——中国语境下的展开 / 083

主讲人：陈兴良

主持人：林维

评论人：冯军、梁根林、劳东燕

嘉 宾：储槐植、张明楷、谢望原、阮齐林、付立庆、方鹏、江溯、  
樊文、邓子滨、周详、孙运梁、陈毅坚、吴用、孙远、  
李卫红、何庆仁、秦一禾、姜文秀、张超

#### 第四讲 当代刑法理论中的实质化思潮 / 135

主讲人：劳东燕

主持人：刘明祥

评论人：陈兴良、王世洲、梁根林、曲新久、冯军、周光权、  
时延安、车浩、付立庆、刘树德

#### 第五讲 形式刑法观初反省与实质刑法观再批判 / 177

主讲人：邓子滨

主持人：周光权

评论人：周洋、车浩、梁根林、曲新久、冯军、劳东燕、付立庆、  
江溯、何庆仁、程岩

#### 第六讲 实质刑法观的体系化思考 / 221

主讲人：刘艳红

主持人：张明楷

评论人：储槐植、陈兴良、邓子滨、劳东燕

嘉宾：张文、梁根林、车浩、江溯、黎宏、冯军、刘明祥、李立众、  
曲新久、林维、秦一禾、李晓明、孙运梁、张曙光

#### 第七讲 价值判断与刑法知识转型 / 279

主讲人：周光权

主持人：陈兴良

评论人：曲新久、冯军、劳东燕

嘉宾：刘明祥、阮齐林、方鹏、孙运梁、秦一禾、姜文秀、邓子滨、  
樊文、江溯

#### 第八讲 类型思维与刑法方法 / 321

主讲人：杜宇

主持人：梁根林

评论人：陈兴良、曲新久、周光权

嘉宾：刘明祥、谢望原、付立庆、王莹、车浩、江溯

第九讲 论扩张解释与类推适用的区分 / 347

主讲人：曲新久

主持人：张明楷

评论人：陈兴良、刘明祥、梁根林、周光权、付立庆、车浩

第十讲 刑法定对犯罪论体系的制约关系 / 387

主讲人：冯亚东

主持人：刘明祥

评论人：陈兴良、冯军、阮齐林、邓子滨、周光权

嘉 宾：曲新久、江溯、谢望原、付立庆、李立众、孙运梁

第十一讲 刑法比较研究的任务和方法 / 431

主讲人：乌尔里希·齐白

主持人：梁根林

评论人：陈兴良、王世洲、冯军、于改之

嘉 宾：张守文、车浩、刘明祥、王莹、曲新久、林维、  
陈珊珊、周遵友

翻 译：江溯

后 记 / 451

2013年11月28日

## 第一讲

# 刑法教义学的立场与方法

主讲人：冯军

主持人：曲新久

评论人：张明楷、刘明祥、阮齐林、林维

嘉宾：陈兴良、梁根林、车浩、江溯、劳东燕、付立庆、方鹏、

秦一禾、孙运梁、樊文





**曲新久** 今天冯军教授报告的内容是“关于刑法教义学的立场和方法”。大家都知道，尽管所有的法学家都说要根据事实与规范确立法学研究的范畴，但冯老师从来都是从规范主义出发的。将来中国刑法学界如果主张规范说或是规范立场，冯老师可以说是最坚定、最彻底的。曾经规范说还受到不少质疑，但今天，规范说已经开始逐渐被接受。

我们有请冯老师！

**冯军** 尊敬的主持人、教授、各位同仁、同学，大家晚上好。正像大家所知道的一样，现在我国刑法关于犯罪和刑罚的规定已经非常丰富。因此，我国不少刑法学者的学问态度和学术信心也相应产生明显改变。他们不再认为刑法是批判的对象，不再大量撰写有关如何完善刑法条文的建议文章和书籍，而是注重理解刑法，努力将刑法条文解释为理想的刑法规定；不再认为刑法是残缺的，而是认为基于正确的理解和阐释，刑法就是相当完备的。用张明楷教授的话来说，没有规定得不好的刑法，只有不能理解和阐释刑法的刑法学者。这种从刑事立法学向刑法教义学的学问转向，促使张明楷教授获得了巨大的成功。陈兴良教授非常重视刑法教义学，最近他再次强调刑法知识的教义学化。但是，如今在张明楷教授和陈兴良教授之间存在着不少关于刑法规定的不同解释结论，而且在张明楷教授、陈兴良教授和其他学者之间，也存在很多对刑法规定的不同解释。在这种情形下，为了使

刑事法官能够明白刑法学者对刑法规定作出不同解释的原因，以便他们能自主选择应当在刑事司法中运用的学说，刑法教义学者就不能仅仅提出自己关于刑法规范的解释结论，而必须提出论证自己采用的刑法教义学的立场和方法。下面，我汇报一下自己关于刑法教义学立场和方法的粗浅见解，请大家批评指正。

首先，关于刑法教义学的立场。

刑法教义学是德文 Strafrechtsdogmatik 的中文译语。尽管关于什么才是德文词 Strafrechtsdogmatik 的恰当的中文翻译，在中国大陆刑法学者之间至今仍然存在较大的分歧，在法理学上也是如此，但关于刑法教义学这一概念所表达的意思，则是明确的。用德国刑法学者罗克辛教授的话说，刑法教义学是一门研究法律规定的解释体系化的发展，以及刑法领域中的各种科学理论观点的学科，它通过自己与现行法的联系和自己的方法，和刑法史学、刑法比较学是离不开的，并且也与刑事政策学是离不开的。刑法科学是实践科学，其核心必然是刑法教义学。因为刑法教义学是刑事立法和刑事司法的桥梁，它的入口是刑事立法，出口是刑事司法。在传统上，刑法教义学将现行刑法规定视为信仰的来源。现行刑法规定是刑法教义学者的解释对象，也是解释根据。在解释刑法时，不容许以非法律的东西为基础。对刑法教义学者而言，现行刑法就是圣经。因此，人们把根据现行刑法的规定对现行刑法进行阐释的学问，称为刑法教义学。

这种刑法教义学的学术倾向在近代刑法学之父费尔巴哈那里体现得极其明显。在他之前，人们习惯从哲学原理中寻求可罚性的根据，理论家们以愚蠢的自我陶醉态度去嘲笑刑法中极其严谨缜密的概念的必要性。费尔巴哈从康德的实然与应然二分法出发，主张从法令中寻找刑事可罚性的根据，服从法律的权威。费尔巴哈认为，在刑法中需要严格的概念、绝对确实的原理。他说：“我们不应在哲学原理中追求可罚性的根据。适用刑罚法规之际，使用哲学性原理有违刑罚法规的本质。法律是神圣的。对一切违反法律的人，要命令其接受法律规定的刑罚。”在费尔巴哈那里，刑事可罚性的根据才完全建立在实在

的基础上。例如，费尔巴哈认为，不作为犯罪总以某个特殊法律根据为前提，而这个特殊的法律根据构成了为一定行为的义务，如果没有这个法律根据，不作为人就不能成为不作为犯。虽然这样一种关于不作为犯的理论——今天称为形式的法义务理论——在今天看来是不正确的，但在传统的刑法教义学寻找形式标准的立场上，它却是当然的结论。

刑事政策这一概念本身最早是费尔巴哈提出的。他认为，刑事政策要求在制定一部符合理性的刑法时，必须考虑各种特殊的关系和条件。但特别注意，正如劳东燕教授所说，费尔巴哈是在立法的意义上使用刑事政策的概念。刑事政策被放在刑法体系之外，追溯到刑事立法的智慧。而刑法教义学是对刑法规定进行理解和阐释的学科，必须服从刑法规定。这样，通过把刑事政策排除在刑法教义学之外，费尔巴哈就开始并完成了——下面是陈兴良教授的话——由自然法意义上的刑法理论向实在法意义上的刑法理论的转变，为此后的规范刑法学和注释刑法学的发展奠定了基础，开辟了道路。刑法的概念体系和知识体系都仅仅以有效的刑法为根据来建立，这就是传统刑法教义学的特色。传统刑法教义学认为，刑法教义学不是对预设的刑法进行创造，而是对预设刑法的认识。刑法秩序被假设为封闭的体系，它为一切刑事案件准备好答案，但这一答案可能是看不见的，刑法教义学的任务就是揭示这个看不见的答案，揭示的方法就是刑法解释。因为刑法解释只是澄清现有的东西，而不允许塑造，所以，刑法解释的视野被严格限制在刑法规定上，结果的理性和目的性——即刑事政策问题——不容许在刑法教义学中发挥作用。这就是传统的刑法教义学。

这种刑法教义学被认为是有利于法治国家的。因为它为法官适用刑法提供了稳定的指导，从而排除刑事司法的任意性。但是，上述意义上的传统的刑法教义学，不仅在科学性上曾经颇受指责，而且在实用性上也饱含疑问。传统刑法教义学建立在对刑法权威的信仰上，因此有人指责，作为教义学两大分支的神学和法学都不是科学，因为它们都缺乏科学的批判精神。奥地利法史学者在《欧洲和罗马法》中指出，法学与神学之间有亲缘关系，并据此否定了法学的科学性，因为

法学并不查明真实的情况。德国检察官在 19 世纪时就指出，法学不是科学，因为它不像自然科学，它的研究对象不具有固定的性质，以至于人们通过几个世纪探索建立起的体系说，不定哪一天就会被一张新出土的羊皮文献彻底摧毁。传统刑法教义学把刑法秩序解释为封闭的体系，认为从刑法典中就能找到解释一定现实问题的答案，否定刑法秩序的开放性，没有根据社会发展来丰富刑法规范，容易使刑法规范丧失处理现实问题的能力。在今天，人们已经完全看清传统刑法教义学的这一缺陷，也就是仅仅形式地解释刑法，把刑法看成封闭的，这样就无法解决现实生活中的各种问题。但是，过去人们对传统刑法教义学的科学性的指责，在今天的民主法治国家里已经失去了针对性。在现代的人民代表大会或者议会的民主体制下，完全不可能存在大体上违反自由、人类尊严和人道主义的法律。这种民主体制下的法律不可能是纯粹道义的体现，相反，在民主法治国家里，经过法定程序制定的法律，总是更多地体现普遍的社会要求，法律是自由、公正、理性的人类的最高价值的体现，大体上符合人类尊严和人道主义的要求。只要刑法是有效的，就应服从刑法权威，这是现代民主法治国家的当然要求。任何以刑法条文的要求不符合自然法、正义或以脱离实际为由而否定刑法效力的做法，在现代民主法治国家都不具有正当性。

然而，对传统刑法教义学的实用性的质疑却促进了刑法教义学由封闭到开放的自我转变。从李斯特的古典刑法学经威尔泽尔的目的论刑法学，到罗克辛、雅各布斯的目的理性刑法学，刑法教义学的这一转变经过了漫长的岁月。在费尔巴哈那里，刑法被认为在刑法典中都能找到答案，李斯特在这一点上和费尔巴哈是一致的，也认为刑法应该被形式地解释，构成要件是客观描绘的东西，责任仅仅是心理责任论。但是从李斯特开始，陈兴良教授对此有深入研究，就在犯罪论部分作形式的解释，但在刑罚论部分又强调刑事政策的要求，这就存在着李斯特的鸿沟。这个鸿沟的克服，经过威尔泽尔，形成本体论思考。威尔泽尔从目的行为论出发，认为人的行为是根据目的、构造出